

PDF hosted at the Radboud Repository of the Radboud University Nijmegen

The following full text is an author's version which may differ from the publisher's version.

For additional information about this publication click this link.

<http://hdl.handle.net/2066/208180>

Please be advised that this information was generated on 2019-11-08 and may be subject to change.

Vindplaats: M.A.P. Timmerman, Noot bij: EHRM 4 juni 2019, EHRC, afl. 10, 2019, 185, (Rola t. Slovenië), pp. 543-549.

Europees Hof voor de Rechten van de Mens

4 juni 2019, nrs. 12096/14 en 39335/16

(Kjølbro (President), Pinto de Albuquerque, Kūris, Motoc, Ranzoni, Ravarani, Bošnjak)

Noot: M.A.P. Timmerman

Legaliteitsbeginsel. *Ne bis in idem*-beginsel. Penalty-begrip. Beroepsverbod na strafrechtelijke veroordeling. Onmiddellijke toepassing van nieuwe wetgeving. Recht op eigendom.

[EVRM art. 7; EVRM Protocol 1 art. 1; EVRM Protocol 7 art. 4]

Klager is in 2011 onherroepelijk strafrechtelijk veroordeeld wegens twee gevallen van geweldpleging begaan in 2003 en 2004. Voor die feiten werd aan klager een geheel voorwaardelijke gevangenisstraf opgelegd. Na zijn veroordeling werd klagers licentie om als curator in faillissementsprocedures op te treden ingetrokken door het Sloveense Ministerie van Justitie. De intrekking vond plaats op grond van een in 2008 in werking getreden wet en was voor onbepaalde tijd. Klager vocht de intrekking van zijn licentie tevergeefs aan bij de Sloveense bestuursrechter en het constitutionele hof. Nadat de voorwaardelijke straf in 2013 van zijn strafblad was verwijderd, vroeg klager een nieuwe licentie aan. Die werd echter geweigerd, omdat de wet bepaalt dat een in het verleden ingetrokken licentie in de weg staat aan het verlenen van een nieuwe licentie.

Voor het EHRM stelt klager dat de permanente intrekking van de licentie een sanctie is die in strijd met art. 7 EVRM is opgelegd, met name omdat die intrekking niet bij wet was voorzien ten tijde van de in 2003 en 2004 door klager begane geweldplegingen. Het Hof onderzoekt of de intrekking van de licentie kwalificeert als een ‘penalty’, zodat strafrechtelijke waarborgen als het legaliteitsbeginsel en het ‘ne bis in idem-beginsel’ van toepassing zijn. Hoewel de intrekking plaatshad als gevolg van de strafrechtelijke veroordeling, wordt de intrekking naar Sloveens recht aangemerkt als een bestuursrechtelijke maatregel en vond deze gescheiden van de strafrechtelijke strafoplegging plaats. Ook stelt het Hof vast dat het doel van de intrekking niet punitief is, maar enkel beoogt het publiek vertrouwen in het beroep van curator te garanderen. Voor het Hof is voorts van belang dat de uitvoerende instanties geen discretie bezitten: de intrekking is niet afhankelijk van de mate van schuld van het individu, maar een automatisch gevolg van de strafrechtelijke veroordeling. Ten slotte oordeelt het Hof dat, hoewel een permanente intrekking van de licentie een zeer ingrijpende consequentie van een veroordeling is, de zwaarte van de maatregel op zich niet voldoende is om de intrekking als een strafsanctie te kwalificeren. Nu de intrekking – volgens een minimale meerderheid van

het Hof (4 tegen 3) – niet als een ‘penalty’ kwalificeert, is de bescherming van het strafrechtelijke legaliteitsbeginsel van art. 7 EVRM en het daarin vervatte verbod van terugwerkende kracht van een zwaardere straf niet van toepassing. Op dezelfde grond kan klager zich evenmin beroepen op het in art. 4 van het Zevende Protocol vervatte ‘ne bis in idem-beginsel’ (het verbod van dubbele bestraffing).

Het EHRM neemt wel aan dat art. 1 van het Eerste Protocol van toepassing is, nu klager als gevolg van de intrekking zijn zelfstandige beroep niet meer kon uitoefenen en de maatregel daardoor financiële consequenties voor hem had. Daarbij neemt het in aanmerking dat de intrekking van de licentie in 2011 plaatshad na de definitieve strafrechtelijke veroordeling vanwege geweldplegingen begaan in 2003 en 2004. In 2003 en 2004 was de relevante wet waarin de intrekking als consequentie aan een veroordeling werd verbonden echter nog niet in werking getreden. Dat betekent dat de consequentie van intrekking van zijn licentie ten tijde van de geweldplegingen niet voorzienbaar was voor klager, ook omdat hem enkel een geheel voorwaardelijke gevangenisstraf werd opgelegd. Als gevolg daarvan oordeelt het Hof unaniem dat het recht op eigendom is geschonden nu de beperking van klagers recht op ongestoord genot en gebruik van eigendom – bestaande uit de intrekking van de licentie – niet voldoende was voorzien bij wet als bedoeld in art. 1, tweede volzin, van het Eerste Protocol.

*Rola
tegen
Slovenië*

NOOT

1. In deze uitspraak oordeelt een sterk verdeelde kamer van het EHRM dat de bescherming van het Straatsburgse legaliteitsbeginsel en het *ne bis in idem*-beginsel niet van toepassing zijn, omdat de Sloveense maatregel van intrekking van een licentie om als curator te werken niet als een *penalty* kwalificeert. De verdeeldheid van het Hof blijkt niet alleen uit de stemverhouding (4 tegen 3 tegen de toepasselijkheid van art. 7 EVRM en art. 4 Zevende Protocol), maar ook uit de 3 *separate opinions* van 5 van de 7 rechters. De zaak betreft derhalve een lastig, althans discutabel, geval. Dat is enerzijds opvallend, want de toepassing van het reeds lang bestaande *penalty*-begrip leidt bij mijn weten niet vaak tot grote verdeeldheid (vgl. B. van Bockel, A Court divided: discord and disagreement in *Rola v. Slovenia*, *Strasbourg Observers*, 9 juli 2019). Anderzijds is de fundamentele discussie op dit punt wel verklaarbaar, nu de uitleg van dat begrip – en van de daaraan gelieerde Engel-criteria – bepaalt of strafrechtelijke waarborgen van toepassing zijn. Het oordeel over de vraag of de in het Verdrag vervatte waarborgen (zouden) zijn geschonden kan de beantwoording van de vraag naar de toepasselijkheid op scherp zetten. Immers, indien de strafrechtelijke waarborgen evident geschonden zijn als ze van toepassing worden geacht, is het mogelijk ongemakkelijker uit te leggen dat deze waarborgen wegens gebrek aan toepasselijkheid in dit geval geen bescherming bieden. Dat is zeker het geval als de klager daardoor in Straatsburg geheel met lege handen zou blijven staan. In de onderhavige zaak is dat laatste niet aan de orde,

aangezien het Hof een schending van het recht op eigendom vaststelt. Maar van de bescherming van de strafrechtelijke waarborgen blijft klager in deze zaak wel verstoken. De vraag of art. 7 EVRM en art. 4 Zevende Protocol zouden zijn geschonden als het Hof deze bepalingen van toepassing had geacht, komt hieronder aan de orde (zie punten 8-9). Ook wordt kort gekeken naar de bescherming die het legaliteitsbeginsel en het *ne bis in idem*-beginsel in Nederland bieden (zie punt 10). De aandacht wordt echter eerst – en het meest uitgebreid – gericht op de uitleg en toepassing van het *penalty*-begrip door het Hof (zie punten 2-7). De overwegingen van het EHRM over het eigendomsrecht komen hierna slechts zijdelings ter sprake.

2. Conform de bestaande rechtspraak onderzoekt het Hof de toepasselijkheid van het in art. 7 lid 1, tweede volzin, vervatte *nulla poena*-beginsel aan de hand van het *penalty*-begrip. In *G.I.E.M. S.r.l. en anderen t. Italië* (EHRM 28 juni 2018 (GK), nrs. 1828/06, 34163/07, 19029/11, ECLI:CE:ECHR:2018:0628JUD000182806 «EHRC» 2018/219 m.nt. Bemelmans en Timmerman) heeft de Grote Kamer van het Hof verschillende factoren van belang geacht voor het bepalen of een maatregel kwalificeert als een *penalty* in de zin van het *nulla poena*-beginsel (i.e. het beginsel dat vereist dat een voldoende duidelijke juridische basis ten tijde van de strafbare gedraging voorziet in de daarvoor op te leggen straf). Het betreft de volgende factoren: i) of de maatregel is opgelegd na een strafrechtelijke veroordeling, ii) de aard en het doel van de maatregel, iii) de karakterisering van de maatregel naar nationaal recht, iv) de toepasselijke procedures bij oplegging en uitvoering van de maatregel, en v) de zwaarte van de maatregel (zie par. 211). In de onderhavige zaak noemt het Hof deze criteria niet alleen als *relevant principles* en stelt het deze voorop bij de toepassing (zie par. 54 en 60). Het Hof noemt ook dat deze factoren lijken op de welbekende ‘Engel-criteria’ (zie par. 54). Dat is opvallend, want die criteria – die het EHRM eerst heeft ontwikkeld voor het bepalen van de toepasselijkheid van art. 6 EVRM in strafzaken – heeft het Hof bij mijn weten in het kader van het legaliteitsbeginsel enkel direct gebruikt bij de uitleg van het begrip *criminal offense* uit de eerste volzin van lid 1 van art. 7 EVRM (zie, uitgebreider, M.A.P. Timmerman, *Legality in Europe. On the principle nullum crimen, nulla poena sine lege in EU law and under the ECHR*, Cambridge: Intersentia 2018, p. 60-66). Dat het Hof de Engel-criteria noemt in het kader van de uitleg van het *penalty*-begrip en deze als op elkaar gelijkend kwalificeert, lijkt het belang van het eerder gemaakte onderscheid tussen de uitleg van de begrippen *criminal offense* en *penalty* te relativeren. Doordat het Hof meer factoren dan de drie Engel-criteria – zoals bekend betreft het: a) de classificatie van de overtreding naar nationaal recht, b) de aard van de overtreding en de aard en c) de zwaarte van de toepasselijke sanctie – van belang acht bij de uitleg van het *penalty*-begrip, lijkt er bij het bepalen van de toepasselijkheid van het in art. 7 lid 1, tweede volzin, vervatte *nulla poena*-beginsel meer ruimte voor maatwerk. ’s Hof’s overweging over gelijkennis tussen de factoren voor het bepalen of een sanctie als *penalty* kwalificeert en de Engel-criteria blijkt voor het Hof echter vooral instrumenteel. Doordat de Grote Kamer van het Hof in de zaak *A en B t. Noorwegen* (EHRM 15 november 2016 (GK), nrs. 24130/11, 29758/11, ECLI:CE:ECHR:2016:1115JUD002413011, «EHRC» 2017/61 m.nt. Van Bockel) heeft geoordeeld dat de Engel-criteria relevant zijn voor het bepalen van de

toepasselijkheid van het in art. 7 Vierde Protocol vervatte *ne bis in idem*-beginsel (zie par. 105-107), kan het Hof in de onderhavige zaak de toepasselijkheid van het *ne bis in idem*-beginsel zonder afzonderlijke overwegingen uitsluiten. Immers, zo redeneert het Hof, als het *nulla poena*-beginsel niet van toepassing is omdat de intrekking van de licentie niet als een *penalty* kwalificeert, is het *ne bis in idem*-beginsel ook niet van toepassing, aangezien de uitleg van het *penalty*-begrip voldoende overeenkomt met de Engel-criteria (zie par. 90).

3. Hoewel voor het Hof efficiënt, is het in elkaar schuiven van de toepasselijkheidscriteria van art. 7 lid 1, tweede volzin, EVRM en art. 7 Vierde Protocol niet zuiver. Het kiezen van een dergelijke aanvliegroete had wellicht voor de hand gelegen bij de toepasselijkheidscriteria voor het *ne bis in idem*-beginsel en het in art. 7 lid 1, eerste volzin, EVRM vervatte *nullum crimen*-beginsel. Daar betreft het immers in beide gevallen de toepassing van de Engel-criteria. Voor het in de onderhavige zaak relevante *nulla poena*-beginsel heeft het Hof echter meer, specifiekere, factoren geïdentificeerd. Net als de gegronde argumenten die volgens het Hof bestaan voor een op meer specifieke factoren gebaseerde toepasselijkheidstoets bij het *ne bis in idem*-beginsel (zie *A en B t. Noorwegen*, reeds aangehaald, par. 106), mag worden aangenomen dat het op verschillende factoren gebaseerde *penalty*-begrip van art. 7 lid 1, tweede volzin, EVRM op goede grond bestaat. Bijvoorbeeld omdat het aan het EHRM een bepaalde ruimte biedt bij het oordeel of een nationale maatregel als *penalty* kwalificeert. Die ruimte heeft het Hof in het verleden ook zeker gebruikt (zie bijv. de uitgebreide overwegingen omtrent de verschillende factoren in het kader van het *penalty*-begrip van art. 7 lid 1, tweede volzin, EVRM in *M. t. Duitsland*, EHRM 17 december 2009, nr. 19359/04, ECLI:CE:ECHR:2009:1217JUD001935904, par. 124-133; *G.I.E.M. S.r.l. en anderen t. Italië*, reeds aangehaald, par. 215-234; *Ilmseher t. Duitsland*, EHRM 4 december 2018 (GK), nrs. 10211/12, 27505/14, ECLI:CE:ECHR:2018:1204JUD001021112 «EHRC» 2019/37 m.nt. Van Toor, par. 210-239). In de onderhavige zaak lijkt het Hof de relevante factoren voor het kwalificeren van een maatregel als een *penalty* echter te zien als factoren die zonder meer zijn te herleiden tot de numeriek mindere – en meer algemene – Engel-criteria (zo lees ik ook de analyse van rechter Kūris in zijn *concurring and partly dissenting opinion*, par. 9). Daarmee impliceert het Hof dat de uitkomst van de toepassing van die specifiekere factoren vanzelfsprekend leidt tot dezelfde uitkomst als bij een onderzoek naar de toepassing van de Engel-criteria. Als deze uitkomst werkelijk in de overwegingen van de onderhavige uitspraak besloten ligt, had een uitleg over de exclusieve relevantie van de Engel-criteria zoals in *A en B t. Noorwegen* (reeds aangehaald, par. 105-107) niet misstaan. Die uitleg was ook zeker gewenst gelet op de nadruk die de Grote Kamer relatief recent nog heeft gelegd op het belang van al deze factoren in het kader van het *penalty*-begrip als voorwaarde voor de toepasselijkheid van het *nulla poena*-beginsel (zie *Ilmseher t. Duitsland*, reeds aangehaald, par. 203 en 208).
4. Bij de vraag of de intrekking van de licentie als *penalty* kwalificeert, neemt het Hof tot uitgangspunt dat de intrekking het directe gevolg is van de strafrechtelijke veroordeling (zie par. 61). Dat pleit ervoor om de maatregel als een *penalty* te kwalificeren. Andere factoren pleiten daar echter tegen, zo stelt althans het Hof. De gevolgde procedures bij

de intrekking van de licentie zijn door het Sloveense recht als bestuursrechtelijk aangemerkt en de mogelijkheid tot intrekking was ook niet vastgelegd als straf in een bepaling van het Sloveense wetboek van strafrecht (zie par. 62-63). Vervolgens kijkt het Hof naar het doel van het vereiste dat een curator geen strafrechtelijke veroordelingen heeft. Dat aan het verlenen van een licentie deze voorwaarde wordt verbonden, dient het doel van het beschermen van het publiek vertrouwen in de beroepsgroep. De intrekking van de licentie na een strafrechtelijke veroordeling dient derhalve ook dat doel, zodat die intrekking volgens het Hof niet een punitief afschrikkend doel heeft zoals het geval is bij strafsancties (zie par. 64). Die intrekking is een automatisch gevolg van de strafrechtelijke veroordeling, waardoor een onderzoek naar de mate van verwijtbaarheid daaraan niet voorafgaat. Dat automatische karakter pleit er kennelijk tegen om de maatregel als *penalty* te kwalificeren (zie par. 65). Tot slot onderzoekt het Hof de zwaarte van de maatregel. Daarbij merkt het Hof op dat het een ‘tamelijk zware’ (*rather severe*) maatregel betreft, nu de intrekking van de licentie permanent is (zie par. 66). Samen met de eerste factor – i.e. dat de maatregel na een strafrechtelijk veroordeling is opgelegd – pleit dat er onmiskenbaar voor om de maatregel als *penalty* te kwalificeren. De andere door het Hof genoemde factoren – i.e. de aard en het doel van de maatregel, de karakterisering van de maatregel naar nationaal recht, en de toepasselijke procedures bij oplegging en uitvoering van de maatregel – pleiten daar echter tegen. Gelet op de (numerieke meerderheid van de) factoren die tegen pleiten, kwalificeert het Hof de intrekking van de licentie niet als *penalty*. Naast de tegen pleitende factoren, noemt het Hof als argument nog het feit dat de zwaarte van de maatregel niet doorslaggevend mag zijn voor het aanmerken van een maatregel als *penalty* en het feit dat de intrekking klager er niet van hoeft te weerhouden ander werk te verrichten dat binnen zijn expertise ligt.

5. Op die redenering valt het nodige af te dingen, zoals ook verschillende *separate opinions* illustreren. Te beginnen bij de karakterisering van de maatregel naar nationaal recht (hiervoor onder 2 genoemd als factor iii)). Die factor gebruikt het Hof als argument tegen het kwalificeren van de maatregel als *penalty*, want – zo stelt het Hof – die maatregel is niet voorzien in het Sloveense strafrecht maar in een specifieke, niet-strafrechtelijke, wet: de *Financial Operations Act*. Terecht wijzen verschillende rechters in *separate opinions* er echter op dat dit oordeel in strijd lijkt met de overwegingen van het Hof in het kader van het onderzoek naar schending van art. 1 Eerste Protocol (zie Kūris in zijn *concurring and partly dissenting opinion*, par. 16, 33 en 36; rechters Pinto de Albuquerque, Bošnjak en Kūris in hun *joint partly dissenting opinion* van, par. 5-6). In die overwegingen stelt het Hof immers vast dat krachtens bepalingen van het Sloveense wetboek van strafrecht en een uitspraak van het Sloveense constitutionele hof een intrekking van een licentie om een publieke functie uit te oefenen wordt beschouwd als een juridische consequentie van een strafrechtelijke veroordeling (zie het Hof in de onderhavige zaak, par. 83-84). Voorts wijst het Hof er in die context op dat de Sloveense regering voor het Hof heeft aangevoerd dat de *Financial Operations Act* een partiële implementatie betreft binnen het kader van het wetboek van strafrecht. Hoewel het Hof deze omstandigheden kennelijk relevant acht, laat het deze volledig buiten

beschouwing, althans onbenoemd, bij het onderzoek naar de karakterisering van de intrekking naar nationaal recht. Dat valt niet goed te begrijpen.

6. Ook de overwegingen rondom de aard en het doel van de maatregel (hiervoor onder 2 genoemd als factor ii)) vergen beschouwing. Het Hof leidt het doel van de intrekking van de licentie af uit de voorwaarden die gesteld worden aan het verlenen van de licentie. Dat enkel licenties worden verleend aan personen die geen (serieus) strafblad hebben, dient het doel van het beschermen van het publieke vertrouwen in de beroepsgroep van curatoren. *So far, so good*. Dat dit doel wordt gediend door het stellen van voorwaarden aan de verlening van de licentie betekent echter niet dat ook *enkel* dit doel wordt gediend indien een licentie wordt ingetrokken in directe reactie op een strafrechtelijke veroordeling. Het laatste geval onderscheidt zich immers van het eerste. In het eerste geval worden voorwaarden gesteld waaraan eenieder moet voldoen om in aanmerking te komen voor licentie om als curator te werken, terwijl in het tweede geval één individu wordt getroffen door de intrekking als direct gevolg van zijn gedrag dat heeft geleid tot de strafrechtelijke veroordeling. Dat het doel daarvan is om het publieke vertrouwen te handhaven, laat onverlet dat een individu een verworven recht wordt ontzegd als gevolg van zijn strafbare gedrag. Hoewel *het doel* van die maatregel niet punitief is, kan de maatregel naar zijn *aard* nog wel punitieve aspecten hebben. Door enkel overwegingen te wijden aan het doel van de intrekking – middels overwegingen over het doel van het stellen van voorwaarden aan de verlening van de licentie – heeft het Hof miskend dat ook de aard van de maatregel onderdeel van de (hiervoor onder 2 als ii)) genoemde factor uitmaakt (vgl. Timmerman 2018, reeds aangehaald, p. 62). De maatregel kan ook daadwerkelijk als punitief van aard worden gekwalificeerd. Dat is het geval, omdat de licentie onherroepelijk wordt ingetrokken na een strafrechtelijke veroordeling, zodat de uitoefening van het beroep van curator daarna ook niet meer mogelijk is, ook niet indien het doel van het handhaven van het publieke vertrouwen in de beroepsgroep de intrekking van de licentie niet (langer) zou vereisen. Met het ontvallen van het algemene belang dat de maatregel vordert, blijft over het punitieve effect dat de veroordeelde zijn beroep niet meer mag uitoefenen, omdat hij een bepaalde strafbare gedraging heeft verricht (zie voor deze redenering de *joint partly dissenting opinion* van rechters Pinto de Albuquerque, Bošnjak en Kūris, par. 7 en vgl. de *concurring and partly dissenting opinion* van rechter Kūris, par. 20-22 en 29, die het niet-punitieve doel dat de maatregel beoogt, onderscheidt van de punitieve functie die het daadwerkelijk vervult).
7. Dan de overwegingen van het Hof over de zwaarte van de maatregel (hiervoor onder 2 genoemd als factor v)). Ten eerste valt op dat het Hof vooropstelt dat de zwaarte van de maatregel niet doorslaggevend mag zijn bij het oordeel over de kwalificatie als *penalty*. Dat lijkt op zich juist (vgl. anders rechter Kūris in zijn *concurring and partly dissenting opinion*, par. 27, die er overigens terecht op wijst dat het Hof die vooropstelling eerder in het bijzonder heeft gebruikt om preventieve maatregelen niet enkel op grond van de zwaarte daarvan als *penalty* te kwalificeren), maar die vooropstelling is hier niet doorslaggevend. In de onderhavige zaak is immers niet *slechts* de zwaarte van de maatregel relevant, maar is reeds vastgesteld dat de intrekking is gevolgd na een strafrechtelijke veroordeling, zodat ook dat – i.e. de hiervoor onder 2 als i) genoemde

factor – ervoor pleit om de intrekking als *penalty* te kwalificeren (vgl. *joint partly dissenting opinion* van rechters Pinto de Albuquerque, Bošnjak en Kūris, par. 3). Het Hof kan aan zijn vooropstelling dus reeds daarom geen argument ontleen tegen het als *penalty* aanmerken van de intrekking. Daarnaast wordt de aandacht getrokken door de overweging dat de intrekking klager er niet van behoeft te weerhouden ander werk te verrichten binnen zijn gebied van expertise. Die niet nader onderbouwde vaststelling lijkt in tegenspraak met de overwegingen van het Hof in het kader van art. 1 Eerste Protocol. In die overwegingen bepaalt het Hof dat het recht op eigendom van toepassing is, nu klager zijn belangrijkste bron van inkomen was verloren door de intrekking van zijn licentie. Dat klager na de intrekking mogelijk andere publieke diensten had kunnen verlenen of in andere beroepen had kunnen werken, is voor het Hof niet voldoende om de licentie van economische waarde te ontdoen, waarbij het in aanmerking neemt dat klager meer dan zeven jaar als curator actief is geweest (zie par. 72-73). Die overwegingen onderstrepen het grote economische belang van de licentie voor klager en eenzelfde redenering laat zich derhalve licht construeren als argument om de intrekking als een ingrijpende maatregel te kwalificeren. Het Hof kwalificeert de maatregel zonder nadere motivering ook als ‘tamelijk zwaar’, maar gebruikt vervolgens juist het argument dat het verwerpt in het kader van de toepasselijkheid van het recht op eigendom – i.e. dat klager ander werk had kunnen doen – om de kwalificatie van de maatregel als *penalty* te voorkomen. Dat kan strikt genomen best (hoewel op zich ook te bekritisieren, zie *concurring and partly dissenting opinion* van rechter Kūris, par. 37), maar paradoxaal is het wel.

8. Na deze beschouwingen ‘op de millimeter’ over de toepasselijkheid van de strafrechtelijke waarborgen op naar de bescherming daarvan en de vraag ‘wat als’. Zou het Hof de intrekking als een *penalty* hebben gekwalificeerd in de zin van het *nulla poena*-beginsel, zou dan van een schending sprake zijn? Dat antwoord lijkt onmiskenbaar bevestigend te zijn. In de overwegingen van het Hof waarin het de schending van het recht op eigendom vaststelt, ligt de vaststelling van een schending van het legaliteitsbeginsel besloten. Daar stelt het immers vast dat klager ten tijde van zijn geweldplegingen in 2003 en 2004 niet redelijkerwijs kon voorzien dat zijn veroordeling zou leiden tot de intrekking van zijn curator-licentie. Die mogelijkheid van intrekking als consequentie van een strafrechtelijke veroordeling werd immers pas voorzienbaar vanaf 2008 met de inwerkingtreding van de *Financial Operations Act* (zie par. 84-86). Daardoor is de maatregel waarmee klagers recht op ongestoord genot van zijn eigendom wordt beperkt niet voldoende bij wet voorzien (zie anders *joint partly concurring opinion* van rechters Kjølbro en Ranzoni, par. 7, zij stellen dat voldoende voorzienbaar was dat de maatregel vanaf 2008 kon worden opgelegd. Voorzienbaarheid ten tijde van de begane geweldplegingen is voor hen kennelijk niet vereist). Vanuit het legaliteitsbeginsel bezien is sprake van verboden terugwerkende kracht van een nieuwe straf ten nadele van klager (vgl. *joint partly dissenting opinion* van rechters Pinto de Albuquerque, Bošnjak en Kūris, par. 11). Aan klager wordt immers een maatregel opgelegd waarvan de oplegging nog niet mogelijk was op het moment dat klager de strafbare feiten beging.

9. De vraag of ook het *ne bis in idem*-beginsel zou zijn geschonden als de intrekking als *penalty* werd gekwalificeerd, is wat lastiger te beantwoorden. Dat komt vooral doordat het Hof bij de beoordeling van het *bis*-criterium tegenwoordig verschillende gezichtspunten hanteert. Het opleggen van verschillende *penalties* voor dezelfde feiten op basis van opeenvolgende procedures levert niet per definitie strijd op met art. 4 Zevende Protocol. Die opeenvolgende procedures zijn toelaatbaar, indien die procedures – in de zaak van klager zou dat zijn i) de procedure leidend tot de strafrechtelijke veroordeling van klager wegens de geweldplegingen en ii) de procedure die leidt tot de intrekking van de licentie – voldoende nauw verbonden zijn in inhoud en tijd, zodat de procedures in feite een coherent geheel vormen. Daarbij is van belang dat de met de procedures nagestreefde doelstellingen, en de daarbij ingezette middelen, complementair en in tijd verbonden zijn en dat het gevolg van deze benadering via verschillende procedures voor klager proportioneel en voldoende voorzienbaar is (zie *A en B t. Noorwegen*, reeds aangehaald, par. 130). Hoewel de procedures in de onderhavige zaak mogelijk voldoende nauw waren verbonden in tijd – de intrekking volgde een week na het onherroepelijk worden van de strafrechtelijke veroordeling – en de procedures mogelijk ook complementaire doelen nastreefden – enerzijds bestraffing van klager vanwege geweldplegingen en anderzijds de bescherming van het publiek vertrouwen in de beroepsgroep door de intrekking van de licentie – lijkt een schending van het *ne bis in idem*-beginsel ook onontkoombaar. Die schending zal ten eerste zijn gelegen in een probleem met de voorzienbaarheid van de mogelijkheid van dubbele bestraffing ten tijde van het begaan van de geweldplegingen. Dat de mogelijkheid om de licentie in te trekken met terugwerkende kracht wordt toegepast is hierboven in punt 8 aan de orde gekomen. Die terugwerkende kracht leidt hier tot een gebrek aan voorzienbaarheid van de opeenvolging van de procedures, waardoor reeds om die reden sprake lijkt te zijn van een schending van het *ne bis in idem*-beginsel (schending van de vereisten in het tweede gedachtestreepje in par. 132 van *A en B t. Noorwegen*, reeds aangehaald). Daarnaast lijkt ook het vereiste van proportionaliteit van de dubbele bestraffing een schending van het Zevende Protocol op te leveren. Bij de onherroepelijke automatische intrekking van de licentie – i.e. de tweede procedure – is immers geen acht geslagen op de in de eerste procedure opgelegde straf (zoals vereist in het vierde gedachtestreepje in par. 132 van *A en B t. Noorwegen*, reeds aangehaald). Ook daarnaast lijkt het Sloveense recht op dit punt een proportionele reactie te bemoeilijken, aangezien het automatische en onherroepelijke karakter van de intrekking het onmogelijk maakt rekening te houden met de omstandigheden van het geval bij de oplegging van de intrekking van de licentie, indien deze als strafsanctie zou worden aangemerkt (zie op dat punt ook de *joint partly concurring opinion* van rechters Kjølbrot en Ranzoni, par. 11).
10. Tot slot nog een korte vergelijking met Nederland. Wat als de feiten van de onderhavige zaak zich in Nederland hadden afgespeeld en de intrekking van de licentie als (bijkomende) straf werd aangemerkt? In dat geval zou het legaliteitsbeginsel van art. 1 lid 1 Wetboek van Strafrecht in de weg staan aan de intrekking van de licentie. Dat blijkt uit een arrest van de Hoge Raad van 6 september 2016 (ECLI:NL:HR:2016:2023). In die zaak vernietigde de Hoge Raad namelijk het door het gerechtshof opgelegde verbod

om het beroep van belastingadviseur uit te oefenen, aangezien de door de verdachte gedane onjuiste belastingaangiften waren gepleegd voordat de wet voor het begaan van die feiten in het opleggen van een beroepsverbod als bijkomende straf voorzag. Daaruit blijkt onmiskenbaar dat de bijkomende straf van ontzetting van de uitoefening van een beroep – kort gezegd: een beroepsverbod – pas kan worden opgelegd voor feiten die zijn begaan nadat de wet de ontzetting als bijkomende straf mogelijk maakt (zie rov. 2.4-2.5). Terugwerkende kracht van de mogelijkheid tot oplegging van een beroepsverbod als straf wordt net als door het Straatsburgse *nulla poena*-beginsel dus verboden door het Nederlandse legaliteitsbeginsel. Dan de vraag naar de bescherming van het Nederlandse *ne bis in idem*-beginsel. Evenals hierboven onder 9 werd opgemerkt over het Straatsburgse verbod van dubbele bestraffing, is het lastiger te beoordelen of het *ne bis in idem*-beginsel zou zijn geschonden. In Nederland is het in art. 68 Wetboek van Strafrecht vervatte *ne bis in idem*-beginsel strikt genomen namelijk enkel van toepassing indien sprake is van meerdere onherroepelijke beslissingen van de Nederlandse strafrechter (zie bijv. HR 12 december 2017, ECLI:NL:HR:2017:3122, *NJ* 2018/94 m.nt. Reijntjes, rov. 2.4). Dat vereiste lijkt de toepasselijkheid van het Nederlandse beginsel reeds uit te sluiten als de onderhavige zaak zich in Nederland had afgespeeld (de Hoge Raad heeft in HR 3 maart 2015, ECLI:NL:HR:2015:434, *NJ* 2015/256 m.nt. Keulen, rov. 4.3-4.4 weliswaar aangenomen dat het *ne bis in idem*-beginsel in een uitzonderlijke situatie buiten de toepasselijkheid van art. 68 Sr bescherming kan verlenen, maar die rechtspraak is niet herhaald). Daar komt nog bij dat de Hoge Raad ook niet licht aanneemt dat een formeel als bestuursrechtelijk gekwalificeerde maatregel, zoals de schorsing van een voor de uitoefening van een beroep of bedrijf benodigde vergunning, heeft te gelden als een tweede bestraffing. Ook niet als daardoor aanzienlijke inkomsten worden misgelopen (zie HR 12 juni 2018, ECLI:NL:HR:2018:901, *NJ* 2018/388 m.nt. Reijntjes rov. 4.4.1-4.4.2). In die zaak betrof het overigens een schorsing van de vergunning voor de duur van vier weken. Als de schorsing voor onbepaalde tijd was geweest – zoals ten aanzien van klager in de hier geannoteerde zaak – had de Hoge Raad waarschijnlijk toch anders geoordeeld. Maar als we deze toepasselijkheidskwesties gemakshalve passeren, lijkt er ook in Nederland wel ruimte te zijn om het *ne bis in idem*-beginsel materieel geschonden te achten. Uit verschillende arresten van de Hoge Raad blijkt namelijk dat hij – net als het EHRM – van belang acht dat de rechter die de tweede straf oplegt rekening houdt met de eerder opgelegde straf (zie bijv. HR 13 november 2018, ECLI:NL:HR:2018:2017, *NJ* 2019/74 m.nt. Reijntjes rov. 5.3; HR 18 december 2018, ECLI:NL:HR:2018:2350, *NJ* 2019/75 m.nt. Reijntjes, rov. 2.4). Als ik het goed zie, heeft de Hoge Raad daarbij nog niet uitdrukkelijk het vereiste van proportionaliteit als te beschermen belang genoemd (zoals het Straatsburgse Hof doet), maar de importantie van een evenredige dubbele bestraffing komt in de rechtspraak van de Hoge Raad wel tot uitdrukking. Aangezien – zoals hiervoor benoemd onder 9 – in de zaak van klager bij de intrekking van de licentie helemaal geen rekening werd gehouden met de eerder opgelegde (voorwaardelijke) gevangenisstraf, lijkt die omstandigheid ook in Nederland te kunnen leiden tot strijd met het verbod van dubbele bestraffing.

11. De hier geannoteerde uitspraak illustreert het ongemak dat kan ontstaan wanneer de toepasselijkheid van strafrechtelijke waarborgen wordt uitgesloten, terwijl die waarborgen hoogstwaarschijnlijk zouden zijn geschonden als ze van toepassing werden geacht. Dat ongemak wordt sterker als de niet-toepasselijkheid, en de manier waarop het Hof daartoe is gekomen, op zichzelf betwistbaar is en ook daadwerkelijk door verschillende rechters wordt betwist. Wat daardoor resteert, is een uitspraak waarop nationale rechters (buiten Slovenië) voorlopig misschien maar niet te veel acht moeten slaan.

Mr. dr. M.A.P. Timmerman is medewerker van het Wetenschappelijk Bureau van de Hoge Raad der Nederlanden en research fellow bij het Onderzoekscentrum Staat en Recht (SteR), Radboud Universiteit Nijmegen. Deze annotatie is op persoonlijke titel geschreven.